

论《民法典》中“视为” 规范的识别^{*}

李伟伟 宋汝庆

【摘要】“视为”规范既具有立法技术品格，也具有司法技术品格。在形式上，以“视为”和“推定”这两个词分别识别拟制规范和推定规范。在理论上，还发展出了概率识别方法、构造识别方法和阶层识别方法。但是，各种识别方法都存在弱点，不能作为“视为”规范的唯一识别标准。不存在固定的拟制规范一般结构，不同类型的拟制规范对应的识别方法和适用方法也有差别。借助民法解释方法可以识别“视为”规范中的注意规范，借助“以非A为A”结构可以识别单层拟制规范。识别双层拟制规范，不能局限于“以非A为A”结构，要对具体的“视为”规范做实质解释。对复杂且争议很大的“视为”规范，要从实体和程序交叉的视角为其识别寻找出路，发展“视为”规范的方法论。

【关键词】“视为”规范 拟制规范 推定规范

【作者简介】李伟伟，法学博士，中国法学会法治研究所助理研究员；宋汝庆，山东省济宁市中级人民法院信访处处长、一级法官。

【中图分类号】D923.0 **【文献标识码】**A

【文章编号】2097-1125 (2025) 02-0088-17

一、引言

“视为”规范是《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）以“视为”语词表征的规范的总称，包括注意规范、解释规范、推定规范与拟

* 本文系国家社会科学基金青年项目“《民法典》中的‘视为’规范研究”（23CFX005）的阶段成果。

制规范。当前，理论界对“视为”“推定”规范的研究不充分；立法对“视为”“推定”规范的配置不合理，立法者可能混淆使用“视为”“推定”这两个词；在司法上对“视为”“推定”规范的适用也不准确。这种现象从前《民法典》时代延续到《民法典》时代，可能还会延续到后《民法典》时代。“视为”规范的识别是其适用的前端问题，是司法三段论大前提中重要的民法规范论问题，也是司法三段论小前提中重要的民法证据规范论问题。妥当识别“视为”规范的性质对当事人的权利义务责任配置具有实质性影响，但是现有识别方法无法圆满地解决其法律适用难题。因此，建构体系化的“视为”规范识别方法具有理论和实践的必要性。

民法学、民事诉讼法学和证据法学都受到“视为”规范识别难题的困扰，这在一定程度上带来了裁判规范与证据规范的理论研究和法律适用困境，即在《民法典》中以“视为”语词表征的同一规范究竟是法律拟制还是法律推定并不是一目了然的。“视为”规范既是民法实体规范，又是民法证据规范，具有浓厚的证据法品格，是观察民事实体法和民事程序法协调互动的重要样本。在《民法典》实施过程中，讨论“视为”规范的识别与适用问题，既可以打通民事实体法与民事程序法的界分，更科学地观察拟制规范与推定规范的构成要件和法律效果，又可以将以以往对“视为”规范的个别性研究推进到整体性研究的层面，助力立法者和司法解释起草者有意识地、体系化地配置“视为”规范。站在拟制规范或推定规范的一元视角下识别与适用“视为”规范，常常在缺乏拟制规范理论储备的情形下讨论“视为”规范，或在缺乏推定规范理论储备的情形下讨论“视为”规范，不利于“视为”规范方法论的完善与发展。为了将“视为”规范的性质识别从语词之争的泥沼中拉出来，本文在拟制规范与推定规范并立、民事实体法与民事程序法关联互动的二元视角下研究“视为”规范的识别与适用，这是一种系统的思维方法。本文在坚持广义民法拟制规范论的语境下，从识别必要性、现有识别方法及其弱点、识别方法的多层级建构三个方面展开论证，这三个方面构成了识别与适用“视为”规范的“一体三面”。

二、“视为”规范识别的必要性

在理论上，“视为”规范的识别有助于从微观层面破解民事实体法与程序法分界的难题，把拟制规范和推定规范的识别放在同一平台上对话，也有助于在学科交叉视角下反思既有理论。在实践中，“视为”规范的识别能够解决当事人举证责任分配和举证不能风险负担的问题，确保法律适用的正确性与合理性。

（一）广义民法拟制规范更具解释力

理论界和实务界普遍认为“视为”语词与法律拟制技术对应，“视为”规范与拟制规范对应。因此，有必要厘清“视为”规范与拟制规范的关系，而厘清拟制规范的概念是研究二者关系的第一步。我们可以多角度、全方位观察拟制规范的概念，这涉及概念与类型、上位与下位、立法与司法、方法与技术交叉融合的问题。拟制规范有两个上位概念，分别是“法律拟制”和“不完全法条”，这种理论概括是以类型思维对拟制规范进行的体系定位，拟制规范既是法律拟制类型区分的具体类型，又是不完全法条类型区分的具体类型。法律拟制是一个动态、混合的上位概念，理论上针对某类法律拟制的反驳理由，不能不加区分地嫁接到拟制规范的论证中。法律拟制不当然指拟制规范，后者仅为前者的具体类型。主流观点认为，拟制规范在形式上表现为法律后果的参引。^① 拟制规范一般结构是其概念的重要表现形式，如果拟制规范的概念可以通过下定义的方式得出，则根据该定义就可以描述其一般结构。但是，拟制规范的概念恰恰不能通过下定义的方式得出，理论上也不存在固定的拟制规范一般结构。讨论者往往选择从整体视阈观或个体视阈观出发论证拟制规范一般结构，但是在这两种视阈观下得出的拟制规范一般结构都存在不可忽视的弱点，难以提炼拟制规范一般结构。换言之，现有拟制规范一般结构的讨论方法包括个体视阈观和整体视阈观。个体视阈观是从《民法典》某几个“视为”规范中提炼出拟制规范一般结构，前提是讨论者内心确信被其选定的这几个“视为”规范是拟制规范。但是，个体视阈观从意图解决拟制规范一般结构的问题出发，最后又回到拟制规范一般结构为何的问题上，无法提供拟制规范的识别标准和识别方法。在整体视阈观下，拟制规范一般结构通常被认为是“以假为真”，更严谨的表述是“以非A为A”。“以非A为A”比“以假为真”更具有涵括力和解释力，这是因为，一方面，“以假为真”暗含“虚假性”，这可能使拟制规范受到“虚构事实说”的困扰，这种虚假性品格在一定程度上削弱了其作为民法问题被讨论的可能性；另一方面，“以假为真”无法包含所有拟制规范，无法解释“没有约定/约定不明确/不能确定”型拟制规范。^②

“广义民法拟制规范”概念的提出旨在破解无法寻找拟制规范一般结构的困境。在《民法典》中，“视为”语词表征的规范涵盖了“形式意义上的拟制规范”和“实质意义上的拟制规范”。“广义民法拟制规范”概念的提

① 参见 [奥] 恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第374页。

② 关于拟制规范概念、结构与适用的详细论证，参见李伟伟：《民法拟制规范论：概念、结构与适用》，《法学家》2023年第2期，第47~59页。

出以及在此之下的概念二分，旨在实现“视为”规范讨论的有效性。“形式意义上的拟制规范”指在《民法典》中“视为”语词表征的推定规范、注意规范和解释规范；“实质意义上的拟制规范”指在《民法典》中“视为”语词表征的名实相符的规范，这些“视为”规范既有拟制规范之名，又有拟制规范之实。“广义民法拟制规范”概念不是徒增“视为”规范识别的困难，而是基于一个前提，即拟制规范没有一般结构，也没有确切的识别标准，唯一的识别依据就是“视为”语词，如果脱离“视为”语词，会使原本就不确定的拟制规范变得更加不确定。我们无法回答这样两个问题，即哪个“视为”规范是拟制规范？为什么？基于此，笔者提出“广义民法拟制规范”的概念，在此之下区分形式意义上的拟制规范与实质意义上的拟制规范，再立足司法适用寻找具有位阶性的、分类识别“视为”规范性质的依据。如果不提出“广义民法拟制规范”，也不把“视为”规范作为一个上位概念，识别拟制规范的目标就基本不可能实现。因此，“广义民法拟制规范”为“视为”规范确定了有效的讨论起点和体系化的方法。

（二）“视为”规范的识别具有规范价值

如果认为“视为”规范的性质无法识别，则其对应的立法技术就不具有特定指向性。换言之，“视为”规范是立法者特意交给法律适用者确定其规范内容的概括条款或不确定法律概念，但是这明显缺乏说服力，也不符合概括条款和不确定法律概念的理论共识。在理论上，研究“视为”规范的识别有助于从微观层面破解民事实体法与民事程序法分界带来的难题，把拟制规范和推定规范的识别问题放在同一平台上对话。研究“视为”规范的识别也有助于在学科交叉视角下反思并澄清既有的理论命题。在实践中，“视为”规范的识别能够解决当事人举证责任分配和举证不能风险负担的问题。传统观点认为，拟制规范的构成要件满足后，其法律效果等同于基础规范的法律效果，但是这种认识不能完整地反映拟制规范指示参引的品格，拟制规范的指示参引是一种有条件、有限度的指示参引，而不是全有或全无式的对照适用。相较推定规范，拟制规范是不允许当事人反证推翻的，这是在不同部门法中形成的高度共识。但是，拟制规范不可反证推翻的对象是什么？是构成要件还是法律效果？拟制规范的构成要件分为“视为”语词标示的构成要件与其他构成要件，当其他构成要件满足时，“视为”语词标示的构成要件当然发生，不可用基础规范的构成要件去反证推翻。除了“视为”语词标示的构成要件，其他构成要件是可以举证推翻的。接下来，笔者以《民法典》第48条为例，从微观层面进一步展现复杂“视为”规范识别的难度，进而彰显对其识别的必要性。

《民法典》第48条规定：“被宣告死亡的人，人民法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡的日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发

生之日视为其死亡的日期。”该条的前后两段分别是宣告死亡日期的原则性规定与例外规定。^①在确定宣告死亡日期的规则中，立法者使用了两个“视为”，如何理解这两个“视为”的规范意义，既涉及证据规范的定性，又涉及民事权利、义务和责任的配置。如果把这里的“视为”理解为拟制，则其不可推翻；如果把这里的“视为”理解为推定，则其可推翻。有观点认为，结合《民法典》第50条死亡宣告的撤销规则，《民法典》第48条更合理的立法表达应是“推定其死亡的日期”而非“视为其死亡的日期”，应属于可反驳推翻的民事法律事实推定规范。^②笔者认为，这里的“视为”未必不妥当，不需要用“推定”加以替换，理由有三。

其一，自然人的死亡时间是一系列民事法律关系产生和消灭的重要事实，如婚姻关系、继承关系、遗嘱监护关系、保险合同关系等，对被宣告死亡之人的身后财产和身份影响很大，在一定程度上可以反映民法对自然人的尊重程度。宣告死亡的日期如此重要，立法者有必要选择一个确定的、不可反驳推翻的时间点，以确保法律状态的稳定性。《民法典》第48条的“视为”就是对死亡时间点的拟制，暂且不论该拟制的合理性，单纯看“视为”两边的两个概念——“宣告死亡的判决作出之日”和“死亡的日期”，符合“以非A为A”的拟制结构。有学者在考察比较法经验后，认为宣告死亡的判决作出之日与确定死亡之日是完全不同的两回事，不能将二者捆绑在一起。^③因此，立法者如果想将二者绑定在一起，只能用“视为”拟制。

其二，宣告死亡可撤销与被宣告死亡之人的死亡日期可推定是不同的。换言之，宣告死亡可撤销不能当然推出被宣告死亡之人的死亡日期可推定，这是两个不同性质的问题。^④被宣告死亡之人死亡日期的功能是确定一个不变的时间点，以确保法律状态的稳定性，根据《民法典》第50条的规定，如果被宣告死亡之人重新出现，死亡宣告被撤销，死亡日期的功能也就丧失了民法意义，而不是推翻了死亡日期。结合《民法典》第48条做体系解释，《民法典》第46条的宣告死亡应为“视为死亡”而非“推定死亡”。^⑤在《民法典》第46条、第48条和第50条之间存在一个小体系，即根据《民法典》第48条确定《民法典》第46条的规范性质，并根据《民法典》第50条否定《民法典》第46条的适用前提，进而否定《民法典》第48条的适

① 参见梁慧星：《民法总则讲义》，法律出版社2021年版，第105页。

② 参见王雷：《〈民法总则〉中证据规范的解释与适用》，《法学家》2018年第6期，第112页。

③ 参见薛军：《论被宣告死亡者死亡日期的确定——以中国民法典编纂为背景的论述》，《政治与法律》2016年第6期，第6页。

④ 参见薛军：《论被宣告死亡者死亡日期的确定——以中国民法典编纂为背景的论述》，《政治与法律》2016年第6期，第5页。

⑤ 参见梁慧星：《民法总则讲义》，法律出版社2021年版，第102页。

用前提。这种对前提的否定不是反驳推翻“视为”，而是因为从“视为”规范中推导出“视为”要件的其他要件不满足，所以无法得出“视为”要件。因此，宣告死亡是拟制的，宣告死亡之人死亡日期的原则和例外也是拟制的。这种规范配置是精细、复杂的。“推定死亡”和“视为死亡”的效力是不同的，以被宣告死亡之人的继承人向保险公司请求人寿保险为例，如果采用“推定死亡”，那么保险公司只要能证明该投保人现尚生存，就可拒绝保险金的支付；如果采用“视为死亡”，那么保险公司须先向法院申请撤销死亡宣告，否则不能拒绝支付保险金。^①采用“推定死亡”，保险人可以拒绝给付，这是因为其推翻了“法院”关于死亡日期的推定，而非推翻了宣告死亡的判决本身。^②

其三，“视为”语词与“视为”规范不是民法中的孤立问题，而是与其他问题具有体系关联性和方法互鉴性。在民法上，在认定规则、知道规则、拟制规则、推定规则中都存在假定、预设的主观因素。如果不从这个层面辅助理解“视为”规则，就容易陷入这样一种思维，即认为将某“视为”规范定性为拟制规范才是对的，或认为将其定性为推定规范才是对的。讨论者在质疑具体“视为”规范配置的合理性时，可能建议用“认定”替换“视为”。这是因为“认定”一词具有一种结论性的确定感，可接受程度更高。例如，在判决书中法院查明证据后会有“通过当事人的陈述及本院审查确认的证据，本院认定事实如下”的表述，在判决书中用“认定”给人一种经过程序、专业、公信力保证的确定感。但是，“认为”这个词表达的确定性程度就比“认定”低，它是一种意见的表达，可以被质疑和推翻。例如，法院在判决书中写“本院认为”。以此思维为前提，立法者在规范配置中用“视为”还是“推定”，表达的确定性程度和举证责任都是不同的。

三、“视为”规范的识别方法及其弱点

借助法律解释方法可以从“视为”规范中识别注意规范和解释规范，但是不容易从中识别拟制规范与推定规范，在理论上发展出了形式识别方法、构造识别方法、概率识别方法和阶层识别方法。形式识别方法具有初始正当性，却受到部分违反民法体系和逻辑的“视为”规范的挑战。构造识别方法、概率识别方法和阶层识别方法旨在为反驳形式识别方法寻找足够充分的理由，但都困难重重。

^① 参见梁慧星：《民法总则讲义》，法律出版社2021年版，第102页。

^② 参见薛军：《论被宣告死亡者死亡日期的确定——以中国民法典编纂为背景的论述》，《政治与法律》2016年第6期，第5~6页。

（一）形式识别方法

形式识别方法，指将语词作为“视为”规范的识别依据。在民事基本法、单行法、司法解释与《民法典》的规范配置中，立法者自始就有区分“视为”“推定”语词的意识。相应地，立法者也应有意识、体系化地配置拟制规范与推定规范，故而“推定”语词与推定规范相对应，“视为”语词与拟制规范相对应。“视为”是拟制规范的形式特征，这不仅在我国的部门法中达成高度共识，而且在不同国家和地区也是如此。以此为前提，如果没有足够充分且正当的理由，就不能将“视为”规范解释为非拟制规范。在我国学理上存在这样一种现象，即将“不可推翻的推定”与“视为”规范或拟制规范对应，有学者在20多年前就指出，在我国法律规定中使用的“视为”“以……论”表述的都是拟制，不属于推定，拟制的事实都是不能否定的。^①需要强调的是，笔者主张抛弃“不可推翻的推定”概念，但是既有文献频繁使用该概念，故而因论证需要适当使用该概念。根据形式识别方法，“视为”规范就是拟制规范，不存在解释为推定规范的空间。形式识别方法看似没有引入新的论证理由，但是立法的权威理由赋予其难以被轻易推翻的正当性，该识别方法的反对者只是主张立法者随意、混乱、错误地配置“视为”“推定”语词，而没有釜底抽薪地否认“视为”“推定”语词分别与“拟制规范”“推定规范”相对应。

形式识别方法存在不足之处，它面临民法内在体系和实质正义的挑战。其一，该识别方法面临《民法典》体系逻辑的挑战。借助该识别方法将一个“视为”规范区分为拟制规范或推定规范，虽然不能直观地看出其弱点，但是有些“视为”规范实际上就是注意规范，这种形式与实质不符合的现象也成了该识别方法被批判的有力证据。例如，《民法典》第503条规定：“无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。”根据体系解释方法，结合《民法典》第140条第1款和第490条第2款，《民法典》第503条是以默示方式做出的意思表示，以默示方式做出的意思表示可以作为对合同追认的意思表示。因此，《民法典》第503条的“视为”对应以默示方式做出的意思表示，是意思表示的核心范畴，适用意思表示和民事法律行为的相关规则，而不是意思表示的拟制。其二，该识别方法面临实质正义的挑战。“视为”语词表征的应然规范与实然规范之间存在张力，严重违反非形式识别方法的“视为”规范突破了形式正义的束缚，要借助实质正义方法矫正。如果不加区分地将部分“视为”规范直接根据“视为”语词定性为拟制规范，在诉

^① 参见陈一云主编：《证据学》，中国人民大学出版社2000年版，第180页。

讼中会违反举证责任分配的公平原则。站在该识别方法的立场上可以得出，“视为”规范包含立法者的价值判断。如果部分“视为”规范的适用出现利益失衡，尤其这种利益失衡是规范定性导致的，首先就要通过发展“视为”规范的适用方法来调整这种利益失衡，^①而不能在直接否定“视为”规范合理性的基础上将其导入推定规范的范畴。根据民法问题类型区分的方法，强行从部分“视为”规范中区分拟制规范和推定规范，仅服务于拟制规范和推定规范的纯理论建构，无关“视为”规范的适用效果，属于纯粹民法学问题中的解释选择问题。

（二）构造识别方法

构造识别方法，指以拟制规范与推定规范的构造模型，比照具体“视为”规范的构造，识别隐藏在“视为”规范中的推定规范。推定规范的构造旨在描述基础事实、推定事实和推定事实对应法律效果之间的逻辑结构。有观点认为，法律上的推定指在某法律规定的要件事实（推定事实）有待证明时，通常就较该事实更易于证明的个别事实（前提事实）获得证明，如无相反的证明则认为推定事实已获证明之事，为其他法律规定（推定规定）所规定者而言。^②这种推定规范的构造描述是准确且易于理解的，推定规范结构中的“前提事实”和“推定事实”都是要件事实。拟制规范的构造旨在描述参照要件、拟制要件和参照要件对应法律效果之间的逻辑结构。黄茂荣认为：“立法者虽然明知由法律上重要之点（构成要件上所指称的特征）论，其拟处理的案型与其所拟引用之法条本来处理的案型所涉法律事实并不相同。但仍将二者通过拟制赋予同一的法律效力。申言之，通过拟制将不同的案型当成相同，然后据之作相同的处理，并非由于立法者之错误而然。拟制之操作所涉及之逻辑层次为三段论法中的小前提。”^③我国学者也多展现了拟制规范构造中的构成要件，有观点认为，拟制性法条只是确定了某种案型的构成要件，而该案型的法律效果则经由“视为”被导向其他条文。^④特别地，拟制也是前提事实与其他规定之要件事实（拟制事实）相结合，此点与法律上的事实推定在构造上相似。^⑤

构造识别方法存在不足之处，它间接将“推定”和“规范”区分开。学者在描述推定规范构造时，偏好使用与“事实”关联的语词；在描述拟

① 我国民法学界逐渐出现了发展“视为”规范方法论的学术自觉，参见张焕然：《宣告死亡准用说的证成与展开》，《法学》2024年第9期，第126~140页。

② 参见骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆股份有限公司1981年版，第121页。

③ 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，法律出版社2007年版，第194页。

④ 参见朱广新：《我国民法拟制成年制度的反思与重建》，《法商研究》2011年第1期，第65页。

⑤ 参见骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆股份有限公司1981年版，第129页。

制规范的构造时，偏好使用与“要件”关联的语词。事实上，二者都是要件事实，没有规范内涵的差异。但是，语词选择差异暗含重要的推论，即推定规范与事实、司法三段论的小前提案件事实相关，拟制规范与规范、司法三段论的大前提法律规范相关。在描述推定规范的构造时，经常使用“已知事实”与“未知事实”，或“基础事实”与“推定事实”，这虽然是概念术语的选择问题，无关推定规范的法律效果，但显示了推定的本质是认定事实的方式，^① 推定的语义重心是对事实的认定。^② 这在推定与事实之间建立了紧密联系，这种结构是构造识别方法的本质特点，也反映在阶层识别方法中。站在该识别方法的立场上可以得出，要想借助其找出“视为”规范中的推定规范也不容易，甚至对大多数“视为”规范来说是不可能完成的事情，何况不符合拟制规范典型构造的情形，可能就是被立法者刻意创设的更复杂的拟制规范。该识别方法在形式识别方法的基础上向前推进了一步，通过形式逻辑的方法规定拟制规范与推定规范的构造。如果某一性质不明的“视为”规范的构造不符合拟制规范的典型构造，它就成为推定规范构造的检视对象。不符合典型构造的情形有两种：一是违反典型构造的情形；二是被典型构造遮蔽的、包含在其中的情形。讨论者可以将明显违反拟制规范典型构造的情形从“视为”规范中识别出来，但是无法确保拟制规范典型构造不存在体系违反的情形，并容易忽略这样一种情形，即不符合拟制规范典型构造的情形可能就是被典型构造遮蔽的、包含在典型构造中的，这部分“视为”规范很可能是立法者有意识地纳入拟制规范的典型构造中的。

（三）概率识别方法

概率识别方法，指将概率高低作为识别拟制规范和推定规范的标准。具言之，“视为”规范的两个要件事实之间如果存在高度盖然性，就属于推定规范，反之则属于拟制规范。有刑法学者认为，法律推定将概率作为建立两事实之间关系的基础，是法律推定与法律拟制的核心区别。^③ 可见，在民事诉讼法学者和刑法学者眼中，概率识别方法一度成为“视为”规范识别的有力方法。有观点认为，推定与拟制的本质区别在于是否将概率作为建立两个事物之间关系的基础。^④ 也有观点认为，法律推定和法律拟制的本质区别在于两个事实之间是否存在或然性常态联系，而非后一事实能否被反驳。^⑤

① 参见郑文草：《推定制度研究》，中国人民大学出版社2019年版，第16页。

② 参见何家弘：《司法证明方法与推定规则》，法律出版社2018年版，第193页。

③ 参见李振林：《刑法中法律拟制论》，法律出版社2014年版，第296~299页。

④ 参见王学棉：《论推定的逻辑学基础——兼论推定与拟制的关系》，《政法论坛》2004年第1期，第165页。

⑤ 参见张海燕：《“推定”和“视为”之语词解读？——以我国现行民事法律规范为样本》，《法制与社会发展》2012年第3期，第113页。

但是，该观点的提出者后来认为法律推定的创设基础呈现多元化，而限于基础事实和推定事实之间的高概率。^① 这种观点的修正是建立在承认“不可反驳的推定”之上的，如果将“不可反驳的推定”排除在推定规范的概念类型之外，则该观点的修正就成了无源之水。可见，学术讨论的每一次进展都存在回到原点的风险，认识的进步如此不易，建立在一定前提基础上的“视为”规范的识别方法会因前提的变更而丧失预设的说服力。

概率识别方法存在不足之处，甚至新近理论已经呈现抛弃该识别方法的趋势。单纯依据经验识别“视为”规范的可接受程度很低。有观点指出：“概率已经不再是法律推定的最重要的正当化基础，因此绝大多数的法律推定都是允许反驳的。”^② 该观点前半句是站在法律创设立场上做出的，正当化基础一般指推定规范的法理基础。退一步讲，即使是学理概括的正当化基础，也是对蕴含在规范中的法理的发现，而不是新创或续创。将立法权威理由（法律推定的正当性在立法阶段解决）代替概率作为推定规范的正当性基础。如果遵循这种逻辑反思形式识别方法，就会有这样的疑问：在形式识别方法中的立法权威理由被推翻的正当性何在？该观点后半句旨在厘清推定规范的范围，将不可反驳的推定从推定规范中排除，为“视为”规范的识别扫清了概念术语的障碍。有观点认为，尽管多数推定是以基础事实与待证事实的概率联系为基础的，但是概率基础本身不足以区分推定和拟制。^③ 在功能层面，概率论更多是一种证明法则，无法承担实体性规范之间的区分标准。“经验法则于证据价值评估之作用，其讨论实益乃在于若能区别经验法则之种类（及盖然性强度层次化），则对于某一待证事实须多少如何证据价值高度之证据乃得谓足够，于此乃得获得较合理之评估。”^④ 骆永家关于推定规范与经验法则的论述鞭辟入里。他认为，如果法律推定是经验法则的法条化，则一概委之于法院自由心证即可，无须法律明文规定。经验法则至多不过可成为立法上规定推定规范的动机，而因此等规定，纵使该经验法则尚未达十分确实性及显著性，法院也不得拒绝适用，有利于法律生活的安定，固然有之，然决非成为推定规定的内容。推定规定与经验法则无必然关系，推定规定无视事物之盖然性者亦有之。^⑤

① 参见张海燕：《论不可反驳的推定》，《法学论坛》2013年第5期，第67页。

② 纪格非：《论法律推定的界域与效力——以买受人检验通知义务为视角的研究》，《现代法学》2020年第6期，第21页。

③ 参见毛淑玲：《推定原理研究》，中国政法大学出版社2019年版，第38页。

④ 姜世明：《证据评价论》，台湾新学林出版股份有限公司2014年版，第181页。

⑤ 参见骆永家：《民事举证责任论》，台湾商务印书馆股份有限公司1981年版，第125～126页。

(四) 阶层识别方法

阶层识别方法，指以事实与法律效果的区分作为识别“视为”规范的标准。推定规范指向事实认定的问题，拟制规范指向法律效果的问题，二者分别限于事实和法律效果层面。阶层识别方法可引申为事实问题与法律问题的区分、事实发现与法律评价的区分、实体规则与程序规则的区分，从中也能看到构造识别方法的影子。在拟制规范构造中的“参照要件对应的法律效果”与在推定规范构造中的“推定事实对应的法律效果”是不同的。推定规范旨在借助基础事实的证明确定推定事实，对其法律效果的判断不是推定规范的功能，而拟制规范旨在借助参照要件确定拟制要件的法律效果。有观点认为，拟制规范赋予被拟制法律要件最终的法效，而推定规范没有此等效果。^①同理，在拟制规范中的两个法律事实分享相同的法律效果，在推定规范中的两个法律事实未必分享相同的法律效果。也正是遵循这一逻辑脉络，该识别方法的初始合理性才有可能得到证成。据此，有观点认为刑法拟制仅指法律效果的拟制，不是对事实本身性质的拟制。^②

阶层识别方法存在的不足之处主要表现为两个方面。其一，该识别方法站在事后观察的立场上，而不是站在事前判断的立场上，是从确定的拟制规范和推定规范中提炼出来的，但是不能当然就作为事前识别拟制规范和推定规范的方法。其二，拟制规范和推定规范解决的是司法三段论之小前提案件事实层面的问题，也都涉及两个要件事实之间特定法律关系的问题，都具有确定特定法律效果的功能，除非当事人事先约定排除参照要件或推定要件的法律效果。小前提案件事实形成环节蕴含丰富的民法学方法论命题，拟制规范和推定规范是其重要组成部分。^③因此，该识别方法缺乏可操作性，无法认为某一“视为”规范中的两个要件事实之间仅为了确定“事实”，而另一“视为”规范中的两个要件事实之间仅为了确定“法律效果”。但是，这并不是否定该识别方法对合理配置“视为”规范的努力。

四、“视为”规范识别方法的多层级建构

基于形式识别方法说服力的有限性，构造识别方法、概率识别方法和阶层识别方法都是对形式识别方法的发展，致力于发现和补充实质性的论证理

① 参见钟维：《论民法中的推定规范》，《东方法学》2015年第6期，第58页。

② 参见周铭川：《论刑法拟制的本质、正当性及应有类型》，《交大法学》2021年第1期，第157页。

③ 参见王雷：《民法证据规范论：案件事实的形成与民法学方法论的完善》，中国人民大学出版社2022年版，“前言”，第1~10页。

由，更加准确地识别“视为”规范。事实上，构造识别方法、概率识别方法和阶层识别方法都无法为“视为”规范的识别提供有效的区分尺度，因此，想要借助某种单一的识别方法一劳永逸地解决“视为”规范的识别问题是行不通的，有必要构建多层次识别方法。

（一）概念术语混淆增加“视为”规范识别的难度

清晰、简洁和明确的概念术语是建构多层次“视为”规范识别方法的前提。概念术语的混淆是造成“视为”规范识别困境的重要原因。根据是否允许反驳，可以将推定区分为可反驳的推定规范和不可反驳的推定规范。但是，不可反驳的推定规范与拟制规范之间是什么关系？有观点认为，不允许当事人反驳的所谓“不可反驳的推定”在性质上属于法定的事实拟制，是法律规范化调整生活事实的方法，而不是案件事实的证明方式。^①民法学者多将不可反驳的推定与“视为”规范对应^②或与拟制规范对应。^③民事诉讼法学者主张，所有法律推定都可反驳，不存在不可反驳的法律推定。^④理论上存在“可反驳的推定”、“不可反驳的推定”与“拟制规范”的混淆，这影响了具体“视为”规范的识别，如《民法典》第1222条。《中华人民共和国侵权责任法》（已废止）第58条、《民法典》第1222条规定推定医疗机构存在过错的情形，该规范的性质存在法律拟制说、^⑤法律推定说^⑥和不可反驳的推定说，^⑦不同的学说之间存在明显竞争。在《民法典》第1222条推定医疗机构有过错的三种情形中，医疗机构违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定，是推定医疗机构有过错吗？医疗机构隐匿或拒绝提供与纠纷有关的病历资料，遗失、伪造、篡改或违法销毁病历资料的，是“推定”还是“视为”抑或是“认定”医疗机构有过错，这分别对应推定规范、拟制规范和普通的构成要件的配置规范。

（二）多层次“视为”规范识别方法的建构

鉴于单一识别方法的有限性，有必要探索建构多层次的识别方法，依序

① 参见高家伟：《证据法基本范畴研究》，中国人民公安大学出版社2018年版，第113、365页。

② 参见梁慧星：《论〈侵权责任法〉中的医疗损害责任》，《法商研究》2010年第6期，第39页。

③ 参见王雷：《对〈中华人民共和国民法典（草案）〉的完善建议》，《中国政法大学学报》2020年第2期，第84页。

④ 参见纪格非：《论法律推定的界域与效力——以买受人检验通知义务为视角的研究》，《现代法学》2020年第6期，第30页。

⑤ 参见胡学军：《解读无人领会的语言——医疗侵权诉讼举证责任分配规则评析》，《法律科学（西北政法大学学报）》2011年第3期，第100页。

⑥ 参见王利明：《〈侵权责任法〉的中国特色解读》，《法学杂志》2010年第2期，第3页。

⑦ 参见张海燕：《论不可反驳的推定》，《法学论坛》2013年第5期，第71页。

由易到难、逐步对“视为”规范进行识别。借助民法解释方法识别“视为”规范中的注意规范，借助“以非A为A”结构识别“视为”规范中的单层拟制规范，通过实质解释识别“视为”规范中的双层拟制规范，从实体和程序交叉的视角推进复杂且争议很大的“视为”规范识别的问题。

第一步，以法律解释方法识别。借助体系解释方法和论理解释方法将注意规范排除在实质意义上的拟制规范之外。例如，《民法典》第503条规定：“无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。”根据体系解释方法，结合《民法典》第140条第1款和第490条第2款的规定，这是以默示方式做出意思表示的具体情形。因此，借助体系解释方法可将《民法典》第503条从实质意义上的拟制规范中排除，它属于形式意义上的拟制规范。《民法典》第586条第2款规定了定金变更拟制规范，即“实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额”。根据《民法典》第586条第1款“定金合同自实际交付定金时成立”并结合论理解释方法，定金合同属于要物合同，定金数额的确定标准就是给付定金一方当事人最终实际交付的定金。

根据体系解释方法，可以从“推定”语词表征的规范中解释得出实质意义上的拟制规范。《民法典》第1222条更接近实质意义上的拟制规范。即使医疗机构可以抗辩，但是在抗辩之前不影响法院或仲裁机构直接认定其有过错。2019年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第95条规定：“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立。”第98条第2款规定：“当事人或者其他诉讼参与人伪造、毁灭证据，提供虚假证据，阻止证人作证，指使、贿买、胁迫他人作伪证，或者对证人、鉴定人、勘验人打击报复的，依照民事诉讼法第一百一十条、第一百一十一条的规定进行处罚。”2020年《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第25条第1款规定：“人民法院依法要求当事人提交有关证据，其无正当理由拒不提交、提交虚假证据、毁灭证据或者实施其他致使证据不能使用行为的，人民法院可以推定对方当事人就该证据所涉证明事项的主张成立。”只要最接近证据之人对证据的获取采取了证据妨碍的方式，就可以认定医疗机构有过错、对患者有利的事实成立。所以，《民法典》第1222条可以直接认定医疗机构有过错。如果只能在“视为”和“推定”之间二选一，也应当“视为”医疗机构有过错，不允许医疗机构反驳推翻。医疗机构有过错不必然意味着它要承担医疗损害赔偿赔偿责任，医疗机构有过错与承担医疗损害赔偿赔偿责任之间是必要不充分条件，还要受因果关系判断的影响。这种体系解释方法避免了纯概念之争——如“可反驳的推定”与“不可反驳的推定”的类型区分，旨在解决《民法典》第1222条不可推翻的共

识如何在法律推定框架内妥当解决的问题。这是因为如果不承认“不可反驳的推定”这一概念，在法律推定的框架内无法妥当安放《民法典》第1222条的理论位置。有观点认为，在实体概念观之下，存在不可推翻的法律推定与可推翻的法律推定这两种类型。在我国法律中，典型的不可推翻的法律推定体现于《民法典》第1222条。^①因此，用法律解释方法可以将“视为”规范中所有的注意规范识别出来，此类规范是最容易从“视为”规范中识别出来的，当法律解释方法无法识别时，就依序进入第二步识别。

第二步，“以非A为A”结构是拟制规范的典型结构。“以非A为A”结构可以识别“视为”规范中的单层拟制规范。在整体视阈观下，“以非A为A”的拟制规范一般结构虽然遭受概念论困境，但是并不是对“视为”规范的识别毫无助益，可以借此识别“视为”语词引导的要件事实与基础规范截然不同且不能被基础规范的要件事实推翻的单层拟制规范。例如，《民法典》第18条第2款规定：“十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”该规定的基础规范是《民法典》第17条和第18条第1款，即18周岁以上的成年人为完全民事行为能力人，不包含“十六周岁以上、以自己的劳动收入为主要生活来源”的未成年人。此时，立法者不可能错误使用“视为”语词。《民法典》第25条规定：“自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。”该条中的经常居所与住所所在空间上显然不同，也是实质意义上的拟制规范。因此，借助“以非A为A”结构可以识别“视为”规范中的单层拟制规范。

第三步，构建双层拟制规范以应对拟制规范非典型结构的识别困境。“以非A为A”是拟制规范的典型结构，当“以非A为A”的典型结构无法识别时，就要考虑是否为立法者有意创设的拟制规范非典型结构，尤其要关注其中的双层拟制规范。“以非A为A”作为拟制规范一般结构，要遵循逻辑结构和概念界定。非A和A有同一个属概念，即非A和A有一个共同上位概念。在民法规范中的“视为”结构不都是实质意义上的拟制规范，但是后者大多蕴含在“视为”结构中。因此，在“视为”结构中，“视为”语词两端的概念应有一个上位概念。《民法典》第16条“视为”结构两端分别是“胎儿”和“具有民事行为能力”。根据“以非A为A”结构，“视为”结构两端应该分别是“胎儿”和“自然人”，“具有民事行为能力”是“自然人”的法律效果。拟制规范的最终目的是参引基础规范的法律效果，但是“自然人”与“具有民事行为能力”的逻辑位阶和规范功能都不同，

^① 参见欧元捷：《民事法律推定的概念检讨》，《法制与社会发展》2022年第4期，第101页。

直接用后者取代前者很难说足够妥当。^① 通说认为,《民法典》第16条属于实质意义上的拟制规范,胎儿的民事权利能力是法律拟制的产物。^② 在胎儿的民事权利能力拟制规范中,还隐藏着一个在接受赠与情形下胎儿被拟制为具有民事行为能力的立法拟制。通说认为,赠与属于双方民事法律行为,受赠人要有相应的民事行为能力。但是胎儿不具有民事行为能力,此时涉及一个双层拟制规范的结构。

双层拟制规范可以存在于某一“视为”规范内部,也可以作为某一“视为”规范的前置条件存在于其外部。例如,《民法典》第48条的“视为”是对死亡时间点的拟制,“视为”两边的两个概念——“宣告死亡的判决作出之日”和“死亡的日期”,是符合“以非A为A”的拟制结构的。有学者认为宣告死亡的判决作出之日与确定死亡之日是完全不同的两回事,不能将二者捆绑在一起。^③ 因此,立法者如果想将二者绑定在一起,只能用“视为”之拟制。同时,根据体系解释方法,结合《民法典》第48条可以得出,《民法典》第46条的宣告死亡应为“视为死亡”而非“推定死亡”。^④ 也就是说,在《民法典》第48条“死亡日期拟制规范”中存在两个拟制,一个在明,一个在暗,即死亡日期是该条的明拟制,作为死亡日期前置条件的宣告死亡是该条的暗拟制。发现并提出双层拟制规范,具有两点优势:在理论上,揭示拟制规范的复杂性,为其理论体系的建构提供妥当的概念术语;在实践上,可以为拟制规范的法律适用提供更充分的论证理由,补足论证思维的跳脱和价值判断结论的不一致性。

第四步,用实体法和程序法交叉的方法实现复杂“视为”规范法律适用的实质公平。当前三步都无法确定某一“视为”规范的性质时,法律适用者也不能无所作为,继续陷入语词识别的泥潭中。此时,法律适用者可以从民事实体法和程序法交叉的视角寻找利益平衡的出路。将民事实体法与程序法相结合是具有共识的法律适用方法,但是如何将之运用到“视为”规范的识别中仍是一个难题。《民法典》第621条第1款和第2款规定了“视为标的物的数量或者质量符合约定”,理论和实践对这两个“视为”规范的定性争议很大,也没有形成从中识别拟制规范或推定规范的方法。“视为标的物的数量或者质量符合约定”这一要件事实的样态不是“真伪不明”,而是“存在”,它不是客观证明责任调整的对象,而是主观证明责任调整的对

① 参见李伟伟:《民法拟制规范论:概念、结构与适用》,《法学家》2023年第2期,第53~54页。

② 参见杨震:《民法总则“自然人”立法研究》,《法学家》2016年第5期,第25页。

③ 参见薛军:《论被宣告死亡者死亡日期的确定——以中国民法典编纂为背景的论述》,《政治与法律》2016年第6期,第6页。

④ 参见梁慧星:《民法总则讲义》,法律出版社2021年版,第102页。

象。此时就要考虑该要件事实的证明责任分配给谁更符合民法实体规范和民法证据规范的目的。这可以打破一种前见，即“视为”规范方法论是单一的。在以往的理论研究和法律适用中，“不可反驳”成了“视为”规范唯一的方法论，这是拟制规范讨论的误区。在广义民法拟制规范视野下，《民法典》第621条第1款和第2款可以被称为标的物合约拟制规范。在实体规范的立场上，标的物合约拟制规范中“视为”对应的法律效果是单一的、不可反驳的，“视为”规范既没有其他法律适用方法，也没有发展其他法律适用方法的必要性。但是，民法学方法论的发展对这种观点的合理性与全面性的挑战越来越大，尤其在民法实体规范与民法证据规范衔接配合的适用方法下，这个问题出现了新的视角、新的发展和新的结论。从不同的视角观察“视为”规范，会得出不同的判断结论。

在民法证据规范论视野下，标的物合约拟制规范中的“视为”语词标志的是要件事实论中的抗辩规范；^①在民法规范论视野下，“视为”标志的民法规范是拟制规范或推定规范。通说认为，推定规范是证明的替代方法。事实上，将标的物合约拟制规范界定为推定规范^②的讨论者，将这样的判断作为逻辑前提，即立法者用“买受人怠于通知”这一基础事实代替“产品质量符合约定”这一终极事实，缓解后者的证明困难，这隐含了“出卖人对产品质量符合约定负证明责任”的判断结论。^③但是，在标的物合约拟制规范中“视为”的解释论，要放在民法规范论和民法证据规范论的共同视野下，这既符合要件事实论、证据证明论、裁判效力论和诉讼程序论的要求，也符合实体规范的识别方法和体系效益。有观点指出，在买卖合同标的物瑕疵情形下，标的物瑕疵证明责任的配置以“给付并法律上受领”为分界点，“给付并法律上受领”之前由出卖人负证明责任，“给付并法律上受领”之后由买受人负证明责任。这种证明责任配置的决定性理由与“给付并法律上受领”的规范意义关联，即法律上受领意味着该给付初步符合约定。^④据此，《民法典》第621条第1款的规定在逻辑上包含“怠于通知视

① 参见袁中华：《违约责任纠纷之证明责任分配——以〈民法典〉第577条为中心》，《法学》2021年第5期，第112页；金晶：《〈合同法〉第158条评注（买受人的通知义务）》，《法学家》2020年第1期，第174~175页；张红：《超过两年通知期限的商品自损赔偿责任》，《法学家》2022年第5期，第119页。

② 参见金晶：《〈合同法〉第158条评注（买受人的通知义务）》，《法学家》2020年第1期，第187页。

③ 参见吴泽勇：《买卖合同标的物瑕疵的证明责任——以买受人通知义务为中心》，《法商研究》2023年第1期，第178页。

④ 参见吴泽勇：《买卖合同标的物瑕疵的证明责任——以买受人通知义务为中心》，《法商研究》2023年第1期，第175~176页。

为受领”和“受领视为产品质量符合约定”两个推定，将其理解为“明示的证明责任规范”能够推动该“视为”规范思考，这个规范就是：如果买受人怠于通知，标的物瑕疵的证明责任就由买受人负担。^①也就是说，《民法典》第621条第1款的“视为”标志的是一个“明示的证明责任规范”，这突破了“视为”规范不可反驳的单一法律效果，从证据规范的角度发展了“视为”规范的方法论，将“不可讨价还价的强制性效果”转变为“可以讨价还价的柔和性效果”，同时印证了“视为标的物的数量或者质量符合约定”这一要件事实是主观证明责任调整的对象，进一步展现了民法实体规范与证据规范协调互动的方法论力量。

五、结论

“视为”规范的性质识别是其法律适用的前端问题，是司法三段论大前提中重要的民法规范论问题，也是司法三段论小前提中重要的民法证据规范论问题。“视为”规范的性质影响当事人在具体案件中的举证责任和举证不能的风险负担，识别“视为”规范具有实益。在借助“视为”“推定”语词识别拟制规范的基础上，理论上还发展出了概率识别方法、构造识别方法和阶层识别方法。但是，各种识别方法都存在弱点，无法从理论功能和实践效用作为“视为”规范的识别标准。不存在固定的拟制规范一般结构，拟制规范的类型具有层次性和复杂性，不同类型对应的识别方法和法律适用方法也有差别。想要借助某种单一识别方法一劳永逸地解决“视为”规范识别的问题是行不通的，有必要建构多层次识别方法。多层次识别方法的建构具有理论开放性，这能够促进“视为”规范研究的深化。第一，借助体系解释、论理解释等方法，可以识别“视为”规范中的注意规范。第二，借助“以非A为A”结构，可以识别“视为”语词引导的要件事实与基础规范截然不同且不能被基础规范的要件事实推翻的单层拟制规范。第三，双层拟制规范的识别与适用要突破拟制规范典型结构的束缚，要在拓展拟制规范类型的基础上建构更具解释力的拟制规范体系。第四，如果通过前三步都无法确定某一个“视为”规范是拟制规范还是推定规范，就要根据广义民法拟制规范论，从实体法和程序法交叉的视角破解复杂“视为”规范识别的困境，发展“视为”规范的方法论。

(责任编辑：方 军)

^① 参见吴泽勇：《买卖合同标的物瑕疵的证明责任——以买受人通知义务为中心》，《法商研究》2023年第1期，第180页。